Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

die Tragweite der ganzen Streitfrage, — nur nicht auch ihr juriſtiſches Intereſſe, — bedeutend vermindert.[63])

IV.

Ueber das Normiren des Beweiſes eines rechtlichen Zuſtandes, und den Einfluß der Klagebegründungsart auf die Geſtaltung des Civilprozeſſes.

Von

Herrn Dr. **T. Brackenhoeft,**

Privatdocenten in Heidelberg.

Inhaltanzeigendes Vorwort.

Der rechtliche Zuſtand, als ein beſonderer wiſſenſchaftlicher Rechtsbegriff aufgefaßt, wird noch nicht als eine geläufige Vorſtellung angeſehen werden dürfen. Die Frage ferner: in welcher Art der Beweis deſſelben zu normiren iſt? berührt Auffaſſungen bald obligationsartiger bald prozeſſualiſcher Elemente, die gleichſam als verſunken anzuſehen ſind; auf die einzutreten man aber bei der Erörterung des Stoffes dieſer Frage nicht umhin kann, wenn man ſich nicht damit begnügen will, ihr Reſultat allein auf äußere Merkmale zu ſtützen, ſondern vielmehr den Nachweis der inneren Nothwendigkeit zu unternehmen, für erforderlich hält. Dann führt aber die Behandlung dieſer Frage unabweislich auf die Erörterung der Klagebegründungsart und ihres Einfluſſes auf

---

durch in dolus verſetzt zu werden, ſo würde man mit Recht ſagen, daß er ſchon dadurch in dolus ſei. — Auch das würde man nicht ſagen dürfen, daß der ſpätere Erwerber auch dadurch in dolus komme, daß er nachher von der früher geſchehenen Verpfändung erfahre, was wieder nichts anderes heißen würde, als daß jeder Rechtsſtreit gegen ihn entſchieden werden müſſe. Auch nur in dem wiſſentlichen Erwerbe, nicht in der Geltendmachung eines die Verpfändung beeinträchtigenden Rechtes würde man einen dolus zu erkennen haben.

die Gestaltung des Civilprozesses hin. Die Verbindung beider Fragen erheischt einen Gang der Erörterung, der eine vorläufige Uebersicht desselben und eine summarische Andeutung ihrer Resultate angemessen erscheinen lassen wird. Die Beweisnormirung ist diejenige prozessualische Thätigkeit, welche am wenigsten eine Abweisung des Eingehens auf den rechtlichen Begriff gestattet, weil sie mit der Gestaltung der Wurzel eines künftigen Rechtsspruches sich beschäftigen muß. Die Belästigung, welche aus dieser Nothwendigkeit entsteht, wird zwar gemindert, wenn man der Beweisnormirung die Rechtskraft abspricht. Allein da dies gemeinrechtlich noch nicht durchgeführt ist, so ist sie für den gemeinen Prozeß dasjenige Moment geblieben, welches das Bedürfniß einer Erkenntniß des Wesens des Stoffes und der Gestaltung des Civilprozesses fühlbar zu machen geeignet ist. Wenn nicht das ganze Verfahren in handgreifliche Verwirrung gerathen soll, darf sie nicht unterlassen, den ganzen Zustand begriffsmäßig zu erfassen, in den durch das bisherige Verfahren die Frage über das Recht versetzt ist, das der endliche Richterspruch zur Wirksamkeit bringen soll. Ist dieses Recht der Inhalt eines eigentlichen Rechtsverhältnisses, d. h. hat es einen bestimmten dem Berechtigten ausschließlich und absolut unterworfenen Gegenstand, der einen abgeschlossenen Rechtskreis des Trägers des Rechts gestaltet[1]), und kann ferner dieser Gegenstand unabhängig von dem Daseyn des Rechts dieses Trägers als ein Gegenstand bestehen, ist z. B. dieser Gegenstand ein Körper, so kann die Beweisnormirung in jener Wurzel das rechtliche von dem rein thatsächlichen abson-

1) Dies ist die Bedeutung des Gegenstandes eines Rechts im Gegensatze des Stoffes und beziehungsweise des Zweckes einer Berechtigung und einer Befugniß. In der Beschaffenheit dieses Gegenstandes liegt die ganze Beschaffenheit des Rechts. Daß der Begriff dieses Gegenstandes noch etwas Unbestimmtes habe, darauf aber nicht viel (also doch etwas) ankomme (Burchardi: Lehrb. d. Röm. R. I. §. 1. Not. 1. S. 1.) ist eine Bemerkung, die demnach nur in ihrem ersten Theile als richtig betrachtet werden kann.

dern, und so gleichsam ein rein theoretisches Element von dem practischen scheiden. Dem Rechtsverhältnisse wird hier entgegengesetzt der rechtliche Zustand, und darunter, unter Bezugnahme auf anderweitige Erörterungen darüber [2]), ein in der Gegenwart gedachtes Verhältniß verstanden, welches Ursache von rechtlichen Wirkungen ist, dem aber ein Gegenstand der gedachten Art noch mangelt; wenn auch ein solcher, und damit ein Recht in der engern Bedeutung, aus seiner Entwickelung hervorgehen kann, z. B. der Zustand des Besitzes zu einem Erwerbe von Früchten als besonderen Gegenständen führen kann. Wenn hier der Beweisnormirung die Möglichkeit jener Sonderung entgegen ist, was aber erst in der nachfolgenden Erörterung darzulegen sein wird, so muß die Erkenntniß der Verschiedenheit der Aufgabe der Beweisnormirung in dem einen und dem andern der beiden Fälle, die sich nach der eben aufgestellten Unterscheidung zwischen dem Rechtsverhältnisse und dem rechtlichen Zustande als möglich darstellen, die ganze prozessualische Trageweite dieses Unterschiedes erkennbar machen, und als der geeigneteste Anknüpfungspunkt ihrer Ermittelung erscheinen. Die Gestaltung der Beweisnormirung, welche hier in Betracht kommt, besteht in der Specialisirung oder Zergliederung der thatsächlichen Grundlage. Sie kann natürlich nur in so weit statt finden, als sie mit dem Zwecke der Beweisnormirung vereinbar ist. Es wird daher: 1) festzustellen sein, inwiefern der Streitstoff Elemente in sich selber tragen kann, welche, vermöge ihres oppositionellen Verhältnisses zu seinen möglichen Wirkungen, jener Specialisirung ein Hinderniß bereiten, um die allgemeine Begränzung der speciellen Beweisauflage zu ziehen (§. 1); inwiefern auch abgesehen von solchen Elementen in der prozessualischen Parteienstellung an und für sich selber eine positive Opposition gegen die Verwirklichung der Zwecke des Gegners gegeben ist (§. 2); und wie die Prozeßform die Opposition ausserprozessualischer Verhält-

2) M. Grundlagen d. gem. deutsch. R. S. 5—7.

niſſe in die gleiche Linie mit der prozeſſualiſchen Oppoſition gegen die von dem Gegner unternommene Vergewiſſerung der Grundlage ſeines Anſpruches ſtellen kann, ſelbſt bei der ſogenannten Contravindication (§. 3), und bei der Behauptung des Getilgtſeins einer Schuld (§. 4). Es wird ſich dann ergeben, wie je nach Verſchiedenheit der Auffaſſung der Bedeutung des Rechtsſtreits die Oppoſition der außerprozeſſualiſchen Elemente ſich mit der prozeſſualiſchen Oppoſition vermiſcht, und die Unterſcheidung zwiſchen Subſtanzen des Rechts und Prämiſſen ihrer Gewißheit verdrängt; und wie die Ausſchließlichkeit der rechtsverfolgenden Stellung für eine der Prozeßparteien zu jener Unterſcheidung den Grund legt (§. 5). Daß aber ungeachtet dieſer Ausſchließlichkeit der Rechtsſtreit ſelber durch eine Oppoſition entgegengeſetzter Zuſtände der ſtreitenden Theile in Anſehung des verfolgten Rechts vermittelt wird, und ſelbſt Oppoſitionen von beſonderen Zuſtänden die Zuläſſigkeit der Klageform, welche aus jener einſeitig rechtsverfolgenden Stellung einer Partei hervorgeht, angreifen, und die Streitfrage in das Gebiet einer andern Erwerbsorganiſation hinübertragen können, als diejenige iſt, welche die Zuläſſigkeit jener Stellung unmittelbar zu erzeugen vermag, wie z. B. wenn der Zuſtand der ſuſpenſiven Bedingtheit opponirt wird (§. 6), gehört zur Ausführung des rechtlichen Characters jenes Ergebniſſes, nach welcher dann weiter zu zeigen iſt: wie eine Oppoſition dieſer letztern Art ſich von einer Rüge der Mangelhaftigkeit der Klagenſtellung unterſcheidet (§. 7); in welche Lage ſie das Geſtalten des Beweisſatzes verſetzt (§. 8); und welche Verſchiedenheit der Trageweite des Beweiſes beſteht, je nachdem er als Beweis der Subſtanz eines Rechts oder als Vergewiſſerung eines Zuſtandes aufgefaßt wird (§. 9). Daran reihet ſich: II. die in Beziehung auf die Oppoſition von Mängeln des Beſitzes und die Verſetzungen welche entſtehen, wenn die Vorausſetzungen des Beſitzes als prozeſſualiſche Subſtanzen behandelt werden, entwickelte Beantwortung der Fragen: welchen Charakter das Verſchweigen eines die Entſte-

hung des Klageanſpruches zu hindern geeigneten Zuſtandes in der Klage der Oppoſition deſſelben gegen ſie beilegt? (§. 10), und welcher der Umfang der Begründung einer auf einen Zuſtand geſtützten Klage ſein muß? (§. 11). Sie findet ihre weitere Anwendung in der Feſtſtellung des Einfluſſes, den einer auf eine Obligation gegründeten Klage gegenüber die Oppoſition von der Rechtsbegründung entgegenſtehenden Zuſtänden, namentlich die Oppoſition der Bedingtheit, äuſſert, und in der Darſtellung der Aequipollenzverhältniſſe, die zwiſchen Rechtsverhältniſſen und Zuſtänden, den letzteren und beziehungsweiſe deren Subſtanzen und Vorausſetzungen entſtehen (§. 12), und in der Feſtſtellung des Characters der prozeſsualiſchen Geltendmachung von Zuſtänden überhaupt und der Begründung des Daſeins dieſes Characters in der perſönlichen Klage (§. 13), und in der römiſchen Exception (§. 14). Damit iſt der Weg gebahnt zur Erörterung des Characters der Oppoſition des Mangels einer Mora wegen eines vom Gegner veranlaßten oder zufälligen Verhindertſeins der Leiſtung (§. 15), der oppoſitionellen Stellung der Partheien in dem Streite über dieſe Oppoſition (§. 16), des Einfluſſes den jene Oppoſition beziehungsweiſe jener Mangel der Mora auf die Begründetheit der Klage hat, jenachdem man ſie als auf ein dare oder facere oder als auf ein praestare gerichtet anſieht (§. 17 bis 19); woran ſich die Feſtſtellung der Bedeutung der Beweisführung gegen eine Präſumtion, ſowie der Prämiſſen einer Präſumtion im Gegenſatze der Vergewiſſerung einer Subſtanz, knüpft, die in der Verwirklichung eines Zuſtandes gefunden wird (§. 20); eine Bedeutung die, in Verbindung mit der Erörterung des Gränzverhältniſſes zwiſchen dem erſten Verfahren und der Beweisantretung, auch für die Beſitzerlangungsklage und für den Streit über Mängel des Beſitzes und über das Daſein der Unbedingtheit und der Mora ſowohl, als auch für den Streit über Eigenſchaften von Thatſachen überhaupt, die der Beſitzhandlung nicht ausgeſchloſſen, in Anſpruch genommen wird (§. 21. 22).

Die weitere Erörterung legt: III., den Einfluß dar, welchen beim Streite über Zustände die Ungeeignetheit der speciellen Beweisauflage herbeiführt (§. 23), und bestimmt, in Verbindung mit der Characterisirung des Einflusses einer ungeeigneten Behandlung der Geschichtserzählung, die Gränzen des Substantiirens (§. 24. 25). Nachdem die Abhängigkeit der Unterscheidung einer Substanz von einer Gesammtorganisation der Aneignungsfähigkeit und der Einfluß einer solchen Organisation auf die Bedeutung des richterlichen Urtheilsspruches und seine Vermittlung durch eine Verkehrsgenossenschaft mit besonderer Beziehung auf die römische Vindication erörtert (§. 26), und als die Grundlage der Kraft eines richterlichen Urtheils die Autonomie der Partheien gefunden ist (§. 27), die den prozessualischen Zustand der Bestrittenheit des Gegenstandes des streitigen Rechts (§. 28), in anderer Klageform dahingegen den prozessualischen Zustand der Bestrittenheit des Rechtsverhältnisses und beziehungsweise des Klagerechts (§. 29) herstellt; ergibt sich eine auf der Verschiedenheit der Kraft des Urtheils beruhende Unterscheidung zwischen einem Entscheidungs- und einem Urtheilsprozesse, von denen der erstere einen Stoff voraussetzt, der nach der Gestalt des heutigen Verfahrens eine eigentliche substantiirende Geschichtserzählung und eine specielle Beweisauflage erfordert, während der letztere ohne sie seine Entwickelung findet (§. 30). Es stellt sich ferner heraus, welchen Einfluß die heutige Klagebegründungsart auf die Gestaltung der Litiscontestation und die Entwickelung des Streitstoffes (§. 31), auf die Kraft des Urtheils und die Gestaltung der Rechtsmittel (§. 32) ausübt; worin sich das Verhältniß der heutigen prozessualischen Behandlungsweise zu dem quellenmäßigen Prozeßrechte zeigt.

Das Gebiet der Rechtsverhältnisse stellt sich nach dieser Revision des Hauptorganismus des Prozesses als ein nur mittelbar practisches und die prozessualische Geltendmachung seiner Erzeugnisse als eine petitorische im abstracteren Sinne dar. Ihm gegenüber steht als ein unmittelbar prac-

tiſches Gebiet das der Zuſtände, deren prozeſſualiſche Geltendmachung ſich mit ihnen ſelber identificirt, und den Character der poſſeſſoriſchen im abſtracteren Sinne an ſich trägt. Iſt die Klage auf ein Rechtsverhältniß zu gründen, ſo iſt auch zu ſubſtantiiren (§. 25. 26), d. h. es ſind die Willensäuſſerungen (§. 24. 25), welche den eigentlichen Klagegrund bilden (§. 25) in der Auffaſſung des gemeinen Lebens bei der Klagenſtellung vorzulegen (§. 25); und zwar wird bei der dinglichen Klage das dingliche Recht ſelber, bei der perſönlichen dahingegen das Klagerecht ſubſtantiirt (§. 29). Nur wo ſubſtantiirt werden muß und ſubſtantiirt worden iſt, findet eine ſpecielle Beweisauflage Statt (§. 1. 8. 10. 20—23). Wo das Recht ſubſtantiirt wird, tritt das Recht ſelber in den Zuſtand der Beſtrittenheit (§. 29), und der Prozeß iſt Entſcheidungsprozeß mit objectiver das Recht ſelber erfaſſender Rechtskraft, ſofern nicht der Mangel der Sachlegitimation ihn auf die Wirkſamkeit des Urtheilsprozeſſes mit einer bloß ſubjectiven nur das Klagerecht ergreifenden Rechtskraft zurückführt (§. 30). Urtheilsprozeß findet aber auch da Statt, wo nur das Klagerecht ſubſtantiirt wird und nur dieſes in den Zuſtand der Beſtrittenheit tritt (§. 27. 29. 30). Hier iſt das Rechtsverhältniß nur ein Aequipollens eines Zuſtandes (§. 12), und Urtheilsprozeß findet überall Statt, wo der Prozeß nur Zuſtände verwirklicht, es keines Subſtantiirens bedarf und keine ſpecielle Beweisauflage ſtattfindet (§. 30). Fälle dieſer Art treten ein beim Streite über Beſitz (§. 10. 21), Bedingtheit (§. 12. 21), Mora (§. 14 bis 19. 21), und Eigenſchaften von Handlungen (§. 22). Die ſubjective Rechtskraft des Urtheilsprozeſſes ergreift aber auch die Zuſtände des Prozeſſes, ſo daß ſie keineswegs auf Deciſionen beſchränkt iſt (§. 30). Jenachdem man zur Klageſtellung die Begründung des fortdauernden Daſeins des Rechts oder nur die Begründung ſeiner Entſtehung verlangt, fallen entweder alle Oppoſitionen gegen das Klagerecht als Oppoſitionen von Zuſtänden mit

der unmittelbar durch die prozessualische Stellung (§. 2) begründeten prozessualischen Opposition als Bestandtheile derselben zusammen (§. 3. 4. 14), oder nur diejenigen, welche, wie Mängel des Besitzes, die Bedingtheit, der Mangel der Mora, oder Eigenschaften von Handlungen, die Streitfrage, wenn auch nur theilweise, in ein anderes Gebiet der Erwerbsorganisation verlegen, als dasjenige, von dem die Begründung der Klage ausgegangen war (§. 5. 6. 7. 31). Im letzteren Falle steht die Begründung der zur Herstellung der Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses dienenden Klage dem Umfange nach der Begründung einer solchen Klage gleich, die auf Verwirklichung eines Zustandes gerichtet ist (§. 11. 13. 31), während der Beweis eines Zustandes eine Trageweite hat, die von dem Beweise der Entstehung eines Rechts verschieden ist (§. 9); und sofern diese Begründung auf ein bloßes Substantiiren beschränkt bleibt, wird die rechtliche Entwickelung des Streitstoffes aus der Partheienthätigkeit und dem eigentlichen Streite verdrängt und in die beurtheilende Vorbereitung des Richters hinübergeschoben (§. 32). Dies führt dahin, daß auch die ordentlichen Rechtsmittel unmittelbar nur gegen den Zustand, oder das jus, welches der Richter unter den Partheien verwirklicht hat, und nicht gegen den Inhalt der Entscheidung gerichtet erscheinen, weil dieser nur durch jenes jus, und nicht unmittelbar durch die Autonomie, seine Kraft empfängt (§. 32).

§. 1.

Es ist eine bekannte Regel der gemeinrechtlichen Prozeßdoctrin, daß die Beweisauflage einen speciellen Beweissatz enthalten müsse. Sie tritt damit in einen Gegensatz zu dem sächsischen Civilverfahren, in dem nur die allgemeine Beweisauflage üblich ist, in der Fassung: daß der Kläger den Grund seiner Klage, so weit er verneint worden, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehaltlich, zu erweisen habe. Formulare dazu findet man in Hommels deutschem Flavius (4. Ausg. v. Klein, 1800, I. S. 88 ff.).

Als eine dritte Form erscheint auf den ersten Anblick diejenige Beweisauflage, welche auf den Rechtserwerb gerichtet ist, z. B. darauf, daß ein Kaufvertrag abgeschlossen worden. Hat indeß der Kläger seine Klage ausdrücklich auf einen rechtsbegriffsmäßig geformten Erwerb, z. B. einen Kaufvertrag, gegründet, so hat die Beweisauflage, daß er den Grund seiner Klage erweisen solle, eben dieselbe Gestalt. Jene dritte Form fällt demnach mit der allgemeinen Beweisauflage zusammen, und wo sie angewendet wird, ist der Anforderung des Aussprechens eines speciellen Beweissatzes kein Genüge geschehen. Es frägt sich aber, ob es denn in der That immer möglich sei, dieser Anforderung zu genügen. Da wo es sich um das Dasein eines bestimmten abgeschlossenen Rechtserwerbes handelt, welches nur entweder bejaht oder verneint werden kann; da ist diese Möglichkeit allerdings immer gegeben. Denn hier ist außer dem Dasein oder Nichtdasein derjenigen Thatsachen, welche diesen Erwerb zu begründen geeignet sind, kein Drittes möglich, welches von Relevanz für die Vollendung jenes Erwerbes, nämlich von hindernder Bedeutung für dieselbe, sein könnte. Allein wo ein derartiges Drittes möglich ist, da muß die Berechtigung einer Parthei davon abhängig sein, daß denjenigen Vorgängen, worauf sie dieselbe stützt, nicht andere Vorgänge gegenüberstehen, mit denen diese Berechtigung unvereinbar ist. Stützt zum Beispiel eine Parthei ihren Anspruch auf Unterlassung von Besitzhandlungen ihres Gegners an einem gewissen Stoffe darauf, daß sie denselben zum Gegenstande ihrer beabsichtigten ausschließlichen physischen Herrschaft gemacht habe; so steht ihr dieser Anspruch doch nicht zu, wenn diese Unterwerfung von Vorgängen begleitet gewesen ist, die dieselbe ihrem Gegner gegenüber zu einer fehlerhaften qualificiren, und den Zustand der Gewaltsamkeit, der Heimlichkeit oder des bittweisen Gestattetseins erzeugen. An sich ist dieser Zustand zwar nichts weiter als eine bloße Vorstellung, die den Erwerb jenes Stoffes oder Gegenstandes überall

nicht in sich trägt. Jene physische Herrschaft, welche sie begleitet, ist aber, von den Besitzhandlungen an welche sie sich knüpft, abgesehen, ebenfalls nichts anderes, als eine Vorstellung, und es ist mit ihr der Erwerb des Gegenstandes keineswegs gegeben.

Beide Vorstellungen haben indeß, wenn sie durch Thatsachen, an welche sie sich knüpfen, verwirklicht erscheinen, rechtliche Folgen. Beide begründen den Anspruch auf Unterlassungen von Besitzhandlungen anderer, oder eines anderen, an einem gewissen Stoffe oder Gegenstande. Durch diese rechtlichen Folgen empfangen sie eine rechtliche Wirklichkeit; sie werden rechtliche Zustände dadurch, daß eine Macht besteht, welche das Eintreten dieser Folgen und damit jene rechtliche Wirklichkeit garantirt, und das Herbeiführen ihrer Folgen durch diese Macht ist eben nichts als ihre Verwirklichung selber.[1]) Das Ausgeschlossensein der Möglichkeit der Relevanz eines positiven entgegengesetzten Moments von erwerbverhindernder Bedeutung, welches mit dem Abschlusse des Erwerbes eines Gegenstandes in Ansehung der Vollendung desselben schlechthin gegeben ist; tritt hier nur in soweit ein, als jene Macht die Verwirklichung der Vorstellung in rechtlichen Folgen durchgeführt hat. Die Thätigkeit dieser Macht, der richterlichen, steht daher hier nicht neben dem vollendeten Erwerbe, als ein Mittel der Herstellung seiner Wirksamkeit, sondern sie steht vielmehr der Vollendung des Erwerbes eines Gegenstandes parallel. Der heutige Civilprozeß hat, sofern er die Anstellung einer eigentlichen Klage fordert[2]), indeß die Ausbildung gewonnen, daß der Anspruch an einen Gegner, dem die richterliche Hülfe zu Theil werden soll, durch den vollendeten Erwerb eines Gegenstandes begründet sein muß,

---

1) M. Grundlagen des gem. deutsch. R. Einl. Nr. I. S. 3. Nr. IV. S. 7.

2) In wie fern das Erforderniß einer eigentlichen Klage hinwegfällt, kann hier übergangen werden.

mag dieſer Gegenſtand auch ein bloß ideeller, z. B. ein Nutzen bei einem Servitutenanſpruche, ſein. Der richterliche Schutz, welcher ſich bei der Geſtaltung eines Zuſtandes allein als der Gegenſtand eines Rechts (im Gegenſatze zu deſſen Stoff) darſtellen könnte, iſt in dieſer Ausbildung nie der unmittelbare Gegenſtand eines Rechtes ſelber.

§. 2.

In Anſehung der rein prozeſſualiſchen Befugniſſe verhält ſich dies indeß anders, indem ſie immer nur darin beſtehen, die Verwirklichung eines gewiſſen Zuſtandes vom Richter zu erlangen, und jeder Zuſtand, weil er eben nur in der Herrſchaft einer von mehreren einander entgegengeſetzten, an ſich aber gleich möglichen Vorſtellungen beſteht, in einer andern poſitiven Vorſtellung ſeinen Gegenſatz findet, der ſtatt ſeiner zur Herrſchaft gelangt ſein könnte. Sie haben, als Rechte, alſo unmittelbar den richterlichen Schutz zum Gegenſtande, und mit dieſem poſitiven Rechte ſteht hier jede Parthei der andern, auch die beklagte der klagenden, activ gegenüber. — Es fragt ſich nur, ob eine ſolche Befugniß den Namen eines Rechts für ſich in Anſpruch nehmen kann. Dieſe Frage kann indeß einſtweilen bei Seite geſetzt werden. Dahingegen aber iſt hier hervorzuheben, daß es eine irrige Auffaſſung des civilprozeſſualiſchen Rechtsſtreits iſt, wenn man in Anſehung jedes Moments deſſelben nur Eine Parthei in einer activen, die andere aber in einer paſſiven Stellung ſich denkt. Dieſe Auffaſſung iſt nur haltbar, in Anſehung der Frage über die Anerkennung eines vollendeten Erwerbes eines Gegenſtandes, und in Anſehung der von ihr abhängigen Frage über die Verurtheilung einer Parthei. Im übrigen befindet ſich jede Parthei der andern gegenüber in einer poſitiven Oppoſition, ſobald einmal durch eine wirklich vorgenommene oder eine ſ. g. fingirte Litiscontestation das Daſein eines eigentlichen Rechtsſtreits hergeſtellt iſt. Vermittelſt derſelben ergreift die angegriffene Parthei die Ausübung der Geſammtheit aller Befugniſſe der prozeſſualiſchen Ver-

theidigung, welche die prozessualische Norm ihr gewährt. Sofern der Stoff derselben in den Verhandlungen niedergelegt und Substanz des Rechtsstreits geworden ist, muß der Richter auch unaufgefordert diese Befugnisse wahren, und die denselben entsprechenden Folgen verwirklichen, so lange nicht etwa ein Ausschluß oder ein Verzicht auf dieselben eingetreten ist. Die Folgen des Ungehorsams, welche in einem Ausschlusse des Gegners mit der Ausübung solcher Befugnisse bestehen, machen, vermöge der Regel: contumacia non accusata non nocet, allein eine positive Ausnahme davon.

Daraus folgt, daß der Richter jede Handlung einer Parthei, welche mit einem erkennbaren prozessualischen Mangel behaftet ist, zurückweisen muß, ohne die Aufforderung des Gegners dazu zu erwarten. Dies gilt anerkannt bei der Anstellung einer unbegründeten Klage. Wenn man von dem Vorbringen einzelner bereits erkennbar unbegründeter Einreden, und was demselben gleich steht, nicht dasselbe ausdrücklich hervorhebt, so kann die Ursache davon nur darin liegen, daß dessen Mangelhaftigkeit nicht das ganze Verfahren unzulässig macht, und daher die Verwerfung derselben aufgeschoben wird, bis das Erkenntniß über den Gesammtstoff des Verfahrens erfolgt.[1]) Es muß aber eben dasselbe auch von dem Gebrauche mangelhafter Beweismittel behauptet werden. Der Richter muß das unzulässige Beweismittel verwerfen, dem verdächtigen Beweismittel die Beweiskraft versagen, welche ihm seiner Beschaffenheit nach abgeht; ohne daß er eine desfallsige Aufforderung des Gegners dazu oder eine Rüge des bereits erkennbaren Man-

1) Denn ein Nachbringen einer begründenden Substanz nach Ablauf des Termins zum Vorbringen der Einrede gestattet man nicht. Der J. R. A. §. 34. 37; hat indeß nur in Ansehung des Klagevorbringens, nicht in Ansehung des Vorbringens der Einreden, eine Darstellung des Factum gefordert. Dehnt man diese Vorschrift nicht auf die Einreden aus, so kann freilich deren Verwerfung wegen Mangels der Substanz nicht früher erfolgen; und sie ist gar nicht möglich, wenn keine begründende Substantiirung der Einreden gefordert wird.

gels von Seiten deſſelben abzuwarten hat. Man hat zwar in Beziehung auf die Mängel vorgeſchlagener Zeugen bald für den Fall der Unfähigkeit behauptet, daß der Richter deshalb keine Verwerfung auszuſprechen habe, wenn der Gegner die Einrede der Unzuläſſigkeit nicht vorgebracht [2]); bald für den Fall der Verdächtigkeit dem Richter die Befugniß abgeſprochen, den desfallſigen Einwand zu ſuppliren [3]). Allein die Faſſung dieſer Behauptungen drückt ſchon eine Principloſigkeit aus. Und ſofern damit etwas anderes geſagt ſein ſoll, als daß der Mangel durch einen Verzicht des Gegners auf deſſen Berückſichtigung hinfällig werde, [4]) können ſie nur auf einer unrichtigen Auffaſſung der Verhandlungsmaxime beruhen. Zu einer ſolchen Verzichtsleiſtung die Veranlaſſung herbeizuführen, und zu dieſem Ende vor der Berückſichtigung des Mangels den Gegner zu hören, liegt aber außer der Richterfunction.

§. 3.

Dieſe prozeſſualiſche Oppoſition erſcheint zwar allerdings verſchieden von der Oppoſition eines auſſerprozeſſualiſchen Verhältniſſes zum Zwecke der peremtoriſchen Zurückweiſung des gegneriſchen Anſpruches. Eine ſolche Oppoſition der letztern Art iſt z. B. die ſ. g. Contravindication, wenn man das Eigenthum im Sinne des neuern römiſchen Rechts als das Verhältniß der Aneignung eines körperlichen Gegenſtandes betrachtet. Bei genauerer Unterſuchung verliert ſich indeß in dieſem Falle die Verſchiedenheit. Im Legisactionen-Verfahren gehörte zu jeder Vindication auch eine Contravindication [1]), ſo daß beide Partheien in einer activen rechts-

2) Reinhardt: Handb. I. §. 172. Note 2; Bayer Vortr. S. 353. 7. Aufl. S. 472.

3) Lauterbach: coll. theor. pract. XXII. 5. §. 37; daß er ihn nicht aus ſeiner Privatwiſſenſchaft ſuppliren dürfe: Bayer a. a. O., iſt allerdings unbeſtreitbar.

4) Was in Anſehung unfähiger Zeugen indeß ebenfalls beſtritten wird von Gmelin über die Beweiskraft eines Zeugen S. 139, und von Schneider vom rechtl. Beweiſe S. 477.

1) Gaj. J. IV. 16. 17.

verfolgenden Stellung einander gegenüberſtanden. Allein der Körper, der ſpäter als Gegenſtand des Eigenthums erſcheint, war damals nur Stoff oder Mittel für den usus.[2]) Daß dieſer usus, ein Nutzen, als ein angeeigneter Gegenſtand betrachtet worden, davon findet ſich keine Spur. Er war alſo bloßer Zuſtand, die Nutzung. So ſtanden ſich bei der Legisactionen-Contravindication zwei oppoſitionelle Zuſtände einander entgegen, und die Vindication war keine Herſtellung der Wirkſamkeit eines bereits verwirklichten Erwerbes, ſondern eine Art der Verwirklichung der Nutzung, und dem inneren Weſen nach von der auſſerprozeſſualiſchen Nutzung, dem Ziehen des Nutzens, nicht verſchieden. So lange das Urtheil noch nicht geſprochen war, traf den Zuſtand ſelber noch überall keine rechtliche Veränderung. Erſt mit dem Urtheil war ein actum esse gegeben.[3]) Bei der Einleitung des Prozeſſes mußten äußere Vorkehrungen den prozeſſualiſchen Zuſtand verwirklichen und von dem auſſerprozeſſualiſchen ſondern; ſo das sacramentum, die lis vindiciarum.[4]) Im Formelverfahren ſcheint bei der vindicatio per sponsionem[5]) die deductio quae moribus ſit das Mittel geweſen zu ſein, jene beiderſeitige Activität der Partheien in Anſehung der Verfolgung des ſtreitigen Rechts ſelber aufzuheben, und eine Parthei, nämlich diejenige welche die andere deducirt hatte[6]), in dieſer Beziehung in eine rein paſſive Stellung zu verſetzen.[7]) In Anſehung der Vermitt-

2) Arch. f. civ. Pr. XXXIII. Nr. 16. §. 6. S. 399.

3) M. Auſſ. in Sell's Jahrb. II. H. 2. §. 9.

4) Gaj. J. IV. §. 13—17.

5) Keller: Zeitſchr. f. geſch. Rw. XI. S. 289 ff. Die bisherige Anſicht, welche die deductio auf die legis a sacramenti bezieht, führt dahin, ſie als eine Wiederholung der vindicatio in jure, oder dieſe als eine Wiederholung jener anzuſehen. So Wetzell: der Vindicationsproz. S. 47. 48.

6) Denn dieſe leiſtete der andern das vadimonium: Cicero pro Tullio 16 (bei Cramer et Heinr., bei Huschke 20).

7) Indem der deducirte Theil zur Sponſion provocirte, und darauf per formulam intendirte: sponsionis summam sibi dare oportere: Gaj. I. IV. §. 93.

lung der Einleitung des Prozeſſes war dieſe letztere Parthei aber zuerſt die active in der Verfolgung des ſtreitigen Rechts, welche Vermittelung ſie durch das Eingehen der Sponſion abſchloß und damit ihre active Stellung aufgab.[7]) Die Oppoſition gegen die Verwirklichung der durch die Sponſion begründeten Verhaftung, zu welcher die Sponſionsbedingungen ſie ermächtigten[8]), bildete nunmehr ein Surrogat der ihrſeitigen Rechtsverfolgung im Prozeſſe ſelber. Wenn ſie nun durch den Beweis des ihrſeitigen Erwerbes ſich vom Unterliegen zu befreien ſuchte, ſo war das keine active Rechtsverfolgung ſondern nur directe prozeſſualiſche Oppoſition eines Gegenbeweisſtoffes.[9]) Ob ſie während des gerichtlichen Prozeſſes als Beſitzer angeſehen wurde, das war für ihre prozeſſualiſche Stellung gleichgültig, weil dieſe durch die Sponſion feſtgeſtellt war, in der ſie als eventueller Schuldner da ſtand, nemlich als ein in die Sponſionsſumme zu verurtheilender Schuldner, wenn der andere Theil für ſich die Anerkennung des Eigenthums erlangte.[10]) Bei der vindicatio per formulam petitoriam trat die Verſchiedenheit ein, daß nicht eine deductio, ſondern die wirkliche Beſitznahme der einen Parthei die ihrſeitige Rechtsverfolgung bildete, und dieſelbe nicht durch eine Sponſion oder die an deren Stelle tretende Litisconteſtation abgeſchloſſen wurde, ſondern während des Prozeſſes in der Fortdauer des Beſitzes fortgeſetzt,[11]) aber eben deßhalb auch nicht durch die prozeſſua-

8) Ueber dieſe Bedingungen: Hefftter ad Gaj. C. IV. obs. XVIII. Huschke: de causa Siliana p. 10—14. Keller: semestr. I. p. 28—43. Gaj. J. IV. 141. 166. 167. 169. Ribbentrop ad L. 16 §. 5 D. de pignor. etc. p. 11 Not. Zimmern: röm. Proz. §. 58. S. 169. 170.

9) Denn der Beweis ſeines Eigenthums, welches das Eigenthum des Klägers ausſchloß, konnte in Beziehung auf den Anſpruch des Klägers auf die sponsionis summa (oben Note 7) nur ein Beweis einer Gegenbeweis-Prämiſſe ſein.

10) Oben Not. 7. 9. Gaj. l. c. §. 93. 94.

11) Nur gegen den possessor gab es eine eigentliche vindicatio: m. Aufſ. in Roßhirt's Zeitſchr. f. Civ. u. Crim. R. IV. S. 69 ff.

liſche Oppoſition, welche in der Litisconteſtation hergeſtellt wurde, vertreten ward, ſondern neben dieſer prozeſſualiſchen Oppoſition herlief.[12]) Dadurch verlor die Beſitznahme und die Ausübung des Beſitzes den Charakter einer Rechtsverfolgung, und die prozeſſualiſche Stellung und Thätigkeit des Beſitzers ſonderte ſich durch ihr rechtliches Weſen von ihr ab. Die prozeſſualiſche Thätigkeit war im Formelprozeſſe nicht mehr ein Mittel der Verwirklichung von Rechten, ſondern ein Mittel zur Herſtellung der Wirkſamkeit derſelben, eine Wirkſamkeit, die den Gegenſtand des Streites bildete. Und zwar bildete die Wirkſamkeit des Rechts des Klägers, der jetzt allein der rechtsverfolgende Theil war, den Gegenſtand des Streites. Die Bedeutung der Contravindication iſt demnach hier um ſo mehr dieſelbe, als bei der vindicatio per sponsionem, indem hier die prozeſſualiſche Vertheidigung des Beklagten den rechtsverfolgenden Character in dem Grade entbehrt, daß ſie nicht einmal mehr wie bei der Sponſions-Vindication, als ein Surrogat der Rechtsverfolgung erſcheint, ſondern ſich als ein Gegenſatz zu derſelben darſtellt, nemlich als eine bloße Abwehr; ſelbſt dann, wenn eine Subſtanz als Mittel derſelben dient. Sie iſt nur ein Mittel die Wirkſamkeit, welche den Streitgegenſtand bildet, zu vernichten. Sie iſt ein Mittel des directen Gegenbeweiſes, und das Daſein des Eigenthums des Beklagten wird bei ihr als eine Prämiſſe für das Herſtellen dieſes Beweiſes benutzt.[13])

§. 4.

Ein anderer Fall der Oppoſition eines außerprozeſſualiſchen Verhältniſſes zum Zwecke der Zurückweiſung des gegneriſchen Anſpruches, iſt das Berufen auf die Tilgung einer Schuld. Betrachtet man die Schuld als den Zuſtand der Verhaftung des Schuldners, vermöge deſſen er, oder ſein

12) Wenn auch nur als eine ficta possessio.
13) Oben Note 9.

Vermögen, oder ſein Gut, dem Executionszwange unterworfen iſt,[1]) ſo iſt dieſe Oppoſition eine Oppoſition des poſitiven Zuſtandes der Freiheit von der Verhaftung, und keine bloße Negation.[2]) Sobald im Legisactionen Verfahren Schuldanſprüche durch die sacramenti actio geltend gemacht wurden,[3]) ſtand dieſe Oppoſition der damaligen Contravindication gleich. Der Prozeß war nur eine Verwirklichung des durch die verpflichtende Thätigkeit der Partheien, das Nectiren,[4]) begründeten Verhaftungszuſtandes. Um die active Stellung der einen Parthei in Beziehung auf die Rechtsverfolgung im Prozeſſe zu beſeitigen, mußte erſt ein Gegenſtand gefunden werden, welcher der andern Parthei durch einen vollendeten Erwerb angeeignet war.[5]) Als ein ſolcher Gegenſtand konnte ein Theil des Vermögens eines Verhafteten,[6]) oder eine künftige Handlung eines Verpflichteten[7]), gedacht werden. Im erſtern Falle mußte an die Stelle der Oppoſition eines Zuſtandes der Freiheit, als deren aequipollentes Surrogat eine Oppoſition treten, welche gegen die Verwirklichung des Gegenſtandes durch den richterlichen Zwang, deren derſelbe als ein bloßer Antheil am Vermögen eines andern[8]) noch bedurfte, gerichtet war. Vielleicht war ſo die Geſtaltung der legis actio per condictionem[9]). Sie ſtand dann der Spon-

1) Archiv für civ. Praxis XXXIII. Nr. 16. §. 2. 4. S. 389. 396.

2) M. Erörterungen zu Linde's Lehrbuch d. Proz. S. 4—6.

3) Gaj. J. IV. §. 15.

4) Archiv f. civ. Praxis a. a. O. §. 9. S. 405 ff.

5) M. Grundlagen des gem. deutſch. R. Einleit. S. 1. Nr. 1 S. 2. 3. Nr. III. S. 6.

6) Archiv f. civ. Prax. a. a. O. §. 9. S. 405 ff.

7) Ebendaſelbſt §. 4. S. 394 f.

8) Vermittelt durch ideelle Recept. in daſſ., ibid. §. 1. 9. S. 389. 405 ff.

9) Indem hier das sacramentum hinwegfiel und es daher an einem Merkmale der direkten Oppoſition der Partheien gegen einander fehlte; eine Oppoſition des bereits durch die Denunciation (Gaj. J. IV. §. 18) in eine paſſive Stellung verſetzten Beklagten, die alſo nur gegen den Gegenſtand gerichtet ſein konnte, von deſſen Eigenſchaft als res certa die Zuläſſigkeit der condictio abhing (ibid. §. 19).

sionsvindication, und die sie vorbereitende condictio oder denunciatio [10]) der deductio quae moribus fit parallel. Während die Opposition der Freiheit von dem Zustande der Verhaftung den Charakter einer Rechtsverfolgung an sich trägt; die Opposition gegen die Verwirklichung jenes Antheils am Vermögen ein aequipollentes Surrogat einer Rechtsverfolgung bildet; ist eine Rechtsverfolgung des Verpflichteten gegen das Angeeignetsein einer künftigen Handlung desselben gradezu unmöglich. Die Tilgung, auf welche er sich beruft, ist nur directe prozessualische Opposition eines Gegenbeweises gegen die Vergewisserung der Behauptung des Gegentheils, daß der Gegenstand seines Rechts als solcher, als sein Rechtsgegenstand, noch existire oder fortdauere [11]). Eine Opposition kann hier ihrer Natur nach nur einen rein prozessualischen Character haben; da außer dem Prozesse der Aneignung des Forderungsberechtigten nur ein rein negatives Verhalten, ein Unterlassen der Vornahme der angeeigneten Handlung, gegenüberstehen kann [12]). Bei der Unerzwingbarkeit eines andern, die angeeignete Handlung in's Dasein rufenden Verhaltens, konnte aber die richterliche Hülfe nur in einem entsprechenden Verhältnisse zu dem Rechte stehen, sofern die Wirkungen, welche sie in's Dasein zu rufen vermogte, eben rechtlich der Vornahme der angeeigneten Handlung gleichgeachtet wurden [13]). Zur Vermittlung dieser Gleichachtung gab es, wenn die Formel in jus concipirt, nemlich auf das fortdauernde Angeeignet-

10) Gaj. l. c. §. 18. Die darauf folgende Bestellung des Juder (ibid.) vertrat wohl die Stelle der Sponsion. Insofern erscheint es gerechtfertigt, daß (Bachofen de judic. p. 97 sqq.) an die Stelle des sacramentum eine Sponsion getreten.

11) Diese Behauptung liegt in der intentio der römischen Klageformel auf das dare facere oportere, und die Opposition dagegen ist eine defensio: m. Erört. z. Linde S. 157, Note 3. S. 386 Note 51. S. 411. Note 35.

12) Der Entstehung der Obligation kann indeß auch außer dem Prozesse die Zahlung als eine positive Opposition entgegen treten.

13) Nemlich die aestimatio an die Stelle der Handlung trat.

ſein einer zukünftigen Handlung (dare oder facere [14]) oportere) in ihrer Grundlage gerichtet war, einen zweifachen Weg. Beim judicium legitimum mußte der Kläger ſich zu einem Aufgeben [15]) jenes Angeeignetſeins durch die Litisconteſtation (ſ. g. novatio necessaria) [16]) entſchließen. Es trat dann eine Verhaftung des Beklagten wegen des condemnari oportere an deſſen Stelle [17]). Im judicium quod imperio continebatur bedurfte es dieſes Aufgebens nicht, indem die Macht des Magiſtrats das condemnari oportere an die Stelle jenes Angeeignetſeins treten ließ. Dadurch wurde das Angeeignetſein der Handlung des Beklagten auf eine bloße Grundlage des Rechtsſtreites zurückgeführt. Der Gegenſtand des Streites war nur die Wirkſamkeit dieſer Grundlage, und das Berufen auf eine Tilgung dieſer Grundlage nur ein Mittel zur Vernichtung dieſer Wirkſamkeit, mittelſt der prozeſſualiſchen Vernichtung jener Grundlage.

§. 5.

Jenachdem der Rechtsſtreit ſich als ein Mitttel der Verwirklichung von Rechten, die vor derſelben noch als bloße befugende Rechtsgründe erſcheinen, oder als ein Mittel zur Herſtellung ihrer Wirkſamkeit geſtaltet; muß die Benutzung eines außerprozeſſualiſchen Stoffes in demſelben mit der prozeſſualiſchen Oppoſition zuſammenfließen oder von ihr unterſcheidbar ſein. Denn im erſtern Falle iſt der Prozeß nur eine Fortſetzung und beziehungsweiſe eine Vollendung des außerhalb des Prozeſſes begonnenen Rechtserwerbes, und der durch den Prozeß producirte Streitſtoff iſt ein Aequipollens des außerhalb deſſelben producirten grundlegenden Stoffes. Der letztere Stoff iſt als Subſtanz der Begründung

14) Nicht auf das Angeeignetſein eines praestare: Archiv f. civil. Praxis a. a. O. §. 5. S. 397.

15) Selbſt wenn ein Zuſtand der Verhaftung beſtand: ebendaſelbſt §. 4. S. 396.

16) M. Identität u. ſ. w. S. 124—144. Note 18.

17) Gaj. J. III. 180.

von Rechten durch den Prozeß absorbirt, und wird, sofern, er in den Prozeß hinübergeht, auf eine bloß prozessualische Geltung zurückgeführt. Nach unserer Art zu reden verwandeln sich die begründenden Substanzen in Prämissen für den Beweis. Der Gegenstand des Beweises ist dann aber das Recht, nicht eine begründende Substanz des Rechts. Und da ein Rechtsverhältniß, indem es die Aneignung eines Gegenstandes vermittelt [1]), nur durch begründende Substanzen in's Dasein getreten sein kann, so kann es sich in einem Prozesse dieser Art nie um Rechtsverhältnisse, sondern nur um Rechtszustände handeln. Die natürliche Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses wird durch seinen Einfluß auf den Willen vermittelt, und der Prozeß erscheint hinsichtlich ihrer als ein außerordentliches Mittel; da die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses in seinem Wesen begründet ist. Der Zustand erfordert aber zu seinem rechtlichen Dasein eines garantirenden Mittels seiner Verwirklichung, weil er nicht auf der Rationalität der Aneignung, sondern auf bloßer Vorstellung beruht. Er trägt daher immer ein Bedürfniß der Verwirklichung in sich, und jedes Mittel, welches seine Wirkungen herzustellen dient, ist demnach ein Mittel seiner Verwirklichung [2]). Als ein solches Mittel erscheint sowohl der alte römische Legisactionen-Prozeß, [3]) wie das alte germanische Verfahren [4]). Das germanische Recht ist seinem Character nach das Gebiet der Zustände [5]). Das römische Recht scheint ein Gebiet der Rechtsverhältnisse im eigentlichen Sinne aber erst durch den Formelprozeß empfangen zu haben, indem dieser Prozeß, sofern die formula in jus concepta war, eine auf ein ihm vorhergegangenes Angeeignetsein eines Ge-

1) M. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. III. S. 6.

2) Ebendas. Einl. Nr. IV. S. 7.

3) Als Mittel der Verwirklichung der Zustände der familia und der pecunia: Arch. f. c. Pr. a. a. O. §. 6. S. 398 ff.

4) Ein Mittel der Gewerung: m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. IV. S. 7. §. 15. S. 132 ff.

5) Ebendas. Einl. S. 1. §. 1. S. 18 ff. §. 10 ff. S. 86 ff.

genſtandes gegründete Klage vorausſetzte: Hier war denn die Gränzlinie für eine Unterſcheidung der außerprozeſſualiſchen Subſtanz und des prozeſſualiſchen Stoffes gezogen, und dieſe Gränzlinie erſcheint als die Urquelle der rationalen Entwickelung des neuern römiſchen Rechts.

Ueberall wo eine formula judicii den Rechtsſtreit geſtaltete, mußte deſſen Grundlage das Angeeignetſein eines Gegenſtandes, und deſſen Gegenſtand deſſen Wirkſamkeit ſein. Selbſt bei der actio in factum concepta nahm man ein uneigentliches Rechtsverhältniß, das prätoriſche, als Grundlage an[6]). Denn ohne ſie war es unmöglich, die Einſeitigkeit des Rechtsſtreits herzuſtellen, welche ausſchließlich dem Kläger die active Stellung des rechtsverfolgenden Theiles zuweiſet. Und dieſe Einſeitigkeit findet ſich hier immer; ſelbſt die Zweiſeitigkeit der bonae fidei judicia erſtreckt ſich nicht auf dieſe rechtsverfolgende Stellung[7]), und das judicium duplex hat keine eigentliche Zweiſeitigkeit, ſondern iſt eine aus zwei judicia beſtehende Zweiheit[8]), die bei dem interdictum retinendae possessionis indeß, zur Vermeidung des Conflicts zwiſchen mehreren Entſcheidungen, im Verfahren wiederum zu einer Einheit verſchmolzen ſind[9]).

---

6) M. Auff. in d. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. XVI. Nr. V. §. 1.

7) Denn der Beklagte kann keine Condemnation erlangen: L. 18. §. 4. D. commodati 13. 6. Ob Papinian in der That eine entgegengeſetzte Meinung ausgeſprochen hat (L. 14. C. desent. et interloc. 4. 45), bleibt zweifelhaft. Vgl. m. Erörter. zu Linde S. 249 Note 1.

8) Denn der Beklagte erlangt die Condemnation nicht in ſeiner Eigenſchaft als Beklagter, ſondern in ſeiner Eigenſchaft als Kläger. Vgl. ebendaſ. S. 268 Note 6. 7.

9) Man kann aber auch ſagen: das Zerreißen dieſer Einheit durch die gegenſeitigen Sponſionen (Gaj. J. IV. §. 165—167), welches zu dem Zwecke geſchah, um zwei einſeitige Streitverhältniſſe zu conſtituiren und ein Formelverfahren möglich zu machen, habe das Verfahren nicht ergriffen, weil die Condemnation des einen Theils zugleich die Abſolution des andern geweſen: Gaj. l. c. §. 166. mit §. 144. 167. 169; Ribbentrop und Zimmern, supra §. 3. Not. 8. cit. Allein betrachtet man das Formelverfahren als Grundlage, ſo iſt die Faſſung des Textes die richtigere.

— Wo die Grundlage eines Rechtsſtreites kein ſolches Angeeignetſein iſt, wie da wo nur eine prätoriſche in factum concepta actio verſtattet iſt, oder die Einleitung des judicium nur durch ein Interdict vermittelt werden kann [10]), da muß in der Litisconteſtation, oder mittelſt einer Sponſion, eine gleiche Lage hergeſtellt werden, wie bei der in jus concepta formula; wenn auch der angeeignete Gegenſtand nur als Gegenſtand der durch die condemnatio der Formel, oder durch die Sponſion, begründeten eventuellen Haftung für die Condemnations- oder Sponſions-Summe [11]), und in dieſer als Summe ſeinem Surrogate, eine Geſtaltung empfängt [12]). Daß das Gebiet der Exceptionen hier weiter wird [13]), ändert darin überall nichts.

§. 6.

Das Angeeignetſein eines Gegenſtandes an einen beſtimmten Berechtigten iſt das Rechtsverhältniß im engeren Sinne [1]). Die Wirkſamkeit deſſelben, welche der Kläger, und die Unwirkſamkeit deſſelben, welche, um ihrer Folgen willen, der Beklagte in der Litisconteſtation ſich aneignet [1]), ſind einander entgegenſtehende Zuſtände, ſo daß der eigentliche Rechtsſtreit (das judicium im Gegenſatze der lis) [2]) immer ein Kampf von Zuſtänden iſt, die um ihre Verwirklichung ringen und von denen nur einer zur Verwirklichung gelangen kann. Es kann aber der Fall eintreten, daß das Daſein des Gegenſtandes, der als ein ange-

10) Welcher letztere Fall da eintritt, wo nach dem Standpunkte der Rechtsbildung eine beſtimmte Gränze zwiſchen den Partheien in objectiver Beziehung, und damit auch das Angeeignetſein eines Gegenſtandes mangelt: Arch. f. civ. Pr. XXIV. S. 203—205.

11) Oben §. 3. Note 7. 9; Gaj. l. c.

12) Es iſt das quod interest, welches in jener Summe zur res geſtaltet wird.

13) M. Erörter. S. 435. Not. 27.

1) M. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. III. S. 6. Note 14. 15.

2) Sell's Jahrb. a. a. O. §. 3. Das Prozeßverhältniß im Gegenſatze des Streitverhältniſſes; m. Erört. zu Linde S. 4. S. 83—85.

eigneter behandelt wird, wiederum von einem rechtlichen Zuſtande abhängig iſt [3]). Denkt man ſich einmal die Ungeſtörtheit des Beſitzes, oder auch den Schutz im Beſitze eines Gegenſtandes als den angeeigneten Gegenſtand eines Rechts; ſo iſt das Daſein dieſes Gegenſtandes abhängig von einem Zuſtande des mangelfreien Beſitzes im Verhältniß zum Gegner oder von einer gewaltſamen Beſitzentziehung deſſelben. Denn nur dadurch iſt der Interdictenſchutz begründet, und wenn man von der Spolienklage abſieht, ſo gibt es keinen andern Schutz des Beſitzes; der Schutz der Beſitzhandlung aber, die Selbervertheidigung, kann, ohne ein Zerſchlagen der Perſon ſelber, nicht als Gegenſtand aufgefaßt werden. Denkt man ſich ferner den Nutzen eines Gegenſtandes als den angeeigneten Gegenſtand eines Servitutenrechts; ſo iſt das Daſein dieſes Gegenſtandes, nemlich als eines von dem nutzengewährenden Gegenſtande verſchiedenen Gegenſtandes, abhängig von dem Zuſtande der Dienſtbarkeit dieſes letztern Gegenſtandes [4]). Denkt man ſich ferner die künftige Handlung eines Verpflichteten als den angeeigneten Gegenſtand eines Rechts aus einem Obligationsverhältniſſe; ſo iſt deſſen Daſein abhängig von einem Obligationszuſtande, welcher jenem Angeeignetſein die Wirkſamkeit ſichert. Der auf einen ſolchen Zuſtand gegründeten Aneignung kann die Behauptung eines entgegengeſetzten Zuſtandes opponirt werden, die mit dem Läugnen der Thatſachen, welche der Aneignung zum Grunde liegen, nicht zuſammenfällt. Dieſer Fall kann eintreten, wenn die Organiſation der Aneignung unter verſchiedenen hiſtoriſchen Umſtänden eine andere, alſo von der Verſchiedenheit von Zuſtänden abhängig iſt. Und er iſt hier gegeben, ſobald die eine Parthei die Organiſation des einen, die andere

3) Auch das Recht geſtaltet Stoffe, welche Gegenſtände der Aneignung werden können; m. Grundl. d. g. d. R. Einleit. Nr. I. S. 2. 3. Nr. II. S. 3.

4) Ebendaſ. Einl. Nr. IV. S. 7. Not. 17.

Parthei die des andern Zustandes als diejenige betrachtet, welche im Fragefalle zur Anwendung kommt; also jede Parthei die Grundlage der Aneignung in einen andern Zustand versetzt. So wenn die eine Parthei die Besitzhandlungen in den Zustand der vacua possessio, die andere sie in den Zustand ihrer propria possessio; wenn die eine Parthei die aneignende Vertragsthätigkeit in den Zustand der unbedingten, die andern ihn in den Zustand der bedingten Obligation verlegt.

§. 7.

Tritt dieser Fall ein, so opponirt der Beklagte dem Kläger eine Mangelhaftigkeit der Klagenstellung, welche er auf die Behauptung eines Zustandes stützt. Von einer gewöhnlichen Rüge einer solchen Mangelhaftigkeit, oder der bloßen Deduction der Unbegründetheit der Klagenstellung, ist diese Opposition insofern verschieden, als der mittelst derselben behauptete Zustand dem fundamentalen Gesammtzustande gegenüber sich als ein besonderer verhält, daher nicht mit der Notorität des Gesammtzustandes der Rechtsorganisation bekleidet ist und der Richter daher ohne eine Vergewisserung über seine Voraussetzungen nicht zu seiner Verwirklichung schreiten kann. So lange diese Vergewisserung nicht eingetreten ist, besteht hier noch ein Conflikt zwischen der Anwendbarkeit der Normen verschiedener Zustände, dessen Lösung eine präparatorische Frage für die Hauptsache ist. Der Beklagte würde also die unbedingte Einlassung auf die Hauptsache verweigern, und sich mit einer bloß eventuellen Einlassung begnügen können, so lange ihm nicht selber die Vergewisserung des von ihm opponirten Zustandes obläge. Denn ehe diese Frage beantwortet ist, bleibt es ungewiß, welcher Substanz der Kläger zur Begründung seiner Klage bedarf, und im Falle des Abläugnens zum Gegenstande seiner Beweisführung machen muß; ob die seinseitige Besitzergreifung oder die Acceptation des Versprechens seines Gegners genügt, oder ob es auch erforderlich ist, daß ein freiwilliges Aufgeben des Be-

ſitzes von Seiten des Gegners, oder das Eintreten eines bedingenden Umſtandes behauptet und nachgewieſen wird. Fehlt alſo noch irgend ein möglicherweiſe erforderliches ſubſtantielles Moment in der aufgeſtellten Klagebegründung, ſo kann die unbedingte Einlaſſung verweigert werden [1]), bis der Kläger eine Prozeßlage herbeigeführt hat, in welcher eine Vergewiſſerung von ihm nicht weiter gefordert werden kann. Dieſe Prozeßlage iſt eingetreten, wenn der Kläger eine Subſtanz vergewiſſert hat, die nach irgend einer Organiſation, deren Regeln zur Anwendung kommen können, ausreicht, um die Aneignung des Gegenſtandes zu verwirklichen, auf welche die Klage gegründet iſt. Denn wenn einmal die Aneignung eines Gegenſtandes vermöge einer Organiſation zur rechtlichen Möglichkeit geworden iſt, ſo muß dieſe Organiſation den Character der Allgemeingültigkeit erlangt haben, weil ohne dieſe Allgemeingültigkeit der Gegenſtand der Aneignung nicht für jeden Gegenſtand ſein, und daher die Aneignung kein Angeeignetſein, ſondern nur ein Zuſtand der Aneignung ſein könnte [2]). Inſofern eine ſolche Geſammtorganiſation beſteht, tritt ihr Product in die Stelle des Urzuſtandes ein, und jede andere rechtliche Wirkung in Beziehung auf den durch ſie organiſirten Stoff geſtaltet ſich als das Product einer Organiſation, die ihr gegenüber ſich als eine autonomiſche Sonderorganiſation darſtellt, wie der natürliche Beſitz; und es muß das Maaß der Vorausſetzungen, das ſie für das Angeeignetſein fordert, das Minimum derſelben ſein, wenn ſie den Character der Allgemeinheit nicht entbehren ſoll. Iſt demnach ein Stoff einmal für alle als

1) Denn die bloße Möglichkeit der Begründetheit iſt noch keine Begründetheit: m. Erörter. zu Linde S. 440ff.

2) So z. B. nach römiſchem Rechte, wenn eine unklagbare Leiſtung durch ein pactum verſprochen worden, irgend ein praestare, welches nicht Subſtanz eines benannten Contracts iſt. Es iſt das ein Zuſtand, der in dem prätoriſchen Grundſatze: pacta sunt servanda, das Mittel ſeiner Verwirklichung findet. M. Auff. in d. Zeitſchr. f. d. R. VIII. Nr. II. §. 1. not. 6.

möglicher Gegenstand eines Angeeignetseins organisirt[3]), so muß auch das Minimum der Erfordernisse der Aneignung jedem zu deren Begründung genügend sein, so lange nicht ein Sonderzustand vergewissert worden, der ein Mehr erforderlich macht. Daher müssen in Beziehung auf die Frage über das Maaß der Erfordernisse von Aneignungen immer diejenigen Zustände bis zu anderweitiger Vergewisserung als bestehend angenommen, oder, wie man sagt, präsumirt werden, die der allgemeineren Organisation entsprechen. Eine Präsumtion kann aber nicht eher wirksam werden, als ihre Prämissen gewiß sind.

§. 8.

Besteht aber eine solche Präsumtion für die Klage in ihrer vollen Verwirklichung, d. h. ist sie begründet und sind ihre Prämissen gewiß; so kann der Beklagte zur Verweigerung der Einlassung jedenfalls nur dann befugt sein, wenn er nachgewiesen hat, daß die Aneignung in den Kreis eines Sonderzustandes falle, der ein Mehr erfordere, als der Kläger angeführt. Leitete der Kläger sein Sonderrecht nicht aus einer Gesammtorganisation her, sondern nur aus einem Sonderzustande, so würde dem Beklagten die Befugniß nicht abzusprechen sein, vor dem Kläger zur Verwirklichung eines entgegenstehenden Sonderzustandes zu gelangen, welcher sich auf eine allgemeine Organisation gründete, wenn nicht der Kläger für diesen Sonderzustand einen von der allgemeinen Organisation gewährten Schutz in Anspruch nehmen könnte, wie z. B. nach römischem Rechte für den Besitz. Jene Befugniß stand dem Beklagten im germanischen Verfahren zu. Allein in diesem Falle würde dem Rechte des Klägers kein Angeeignetsein eines Gegenstandes zum Grunde

3) Oben §. 6. not. 3. Diese Organisation wird gewöhnlich vermittelt durch Organisation eines Erwerbes für alle, indem bald begonnene Aneignungen zu vollendeten oder vorübergehende zu dauernden gestaltet, und so Zustände der Aneignung zu Rechtsverhältnissen des Angeeignetseins erhoben werden: m. Grundl. d. g. d. R. Einleit. Nr. I. S. 3.

liegen können, weil Gegenſtände des Angeeignetſeins, vermöge des abſoluten Characters deſſelben, nur das Produkt von Geſammtorganiſationen ſein können [1]). Es würde in einem ſolchen Falle nur ein durch Sonderautonomie geſtalteter Stoff in Frage ſtehen [2]), eine Geſtaltung, gegen deren Verwirklichung eben jene Befugniß des Beklagten im germaniſchen Verfahren gerichtet war, wenn dem Kläger keine Gewerung zur Seite ſtand [3]), die denn auch eine andere Natur hatte als die heutige Beweisführung. Wo aber der Kläger eine auf einer Geſammtorganiſation beruhende Aneignung begründet hat, und ihm jene Präſumtion verwirklicht zur Seite ſteht, da muß die Befugniß des Beklagten zu jener Verwirklichung mit einer Obliegenheit zur Vergewiſſerung jenes Sonderzuſtandes verbunden ſein [4]). Dieſe Obliegenheit kann ihn indeß erſt dann treffen, wenn der

1) So erlangt derjenige, dem ein beſonderes Gebrauchsrecht an einer res publica vom Regenten verliehen wird, kein Angeeignetſein des Gebrauchs, keine Servitut, ſondern nur Interdicten-Schutz: L. 1. §. 38—45 D. de aqua quot. et aest. 43. 20.

2) Ehe man römiſches Eigenthum in Deutſchland kannte, fehlte es an einer Geſammtorganiſation des Eigenthums an Körpern, an einem allgemeinen Rechtsbegriffe des dominium, und es gab daher auch kein Angeeignetſein eines Körpers als eines Rechtsgegenſtandes (m. Identität u. ſ. w. S. 24. 25 not. 37 ff. S. 73. mit S. 26. 27 not. 42, S. 101 not. 56 a), ſondern nur eine Verwirklichung des ideellen Zuſtandes des Angeeignetſeins (oben §. 7 not. 3), mittelſt des prozeſſualiſchen Inſtituts der Gewere: m. Aufſ. in d. Zeitſchr. f. deutſch. R. III. Nr. I. §. 1 a. Anf. VIII. Nr. II. bei not. 18; m. Grundl. d. g. d. R. Einl. Nr. IV. S. 7. Uebrigens kann eine Organiſation, welche in einem engern Kreiſe eine Geſammtorganiſation iſt, in Anſehung eines weitern Kreiſes eine autonomiſche Sonderorganiſation ſein, und in jenem engern Kreiſe aneignende Rechtsverhältniſſe begründen, in dieſem weitern Kreiſe aber der Gewerung bedürfen: ebendaſ. Einl. Nr. VII. S. 11—13.

3) M. Aufſ. in d. Zeitſchr. f. d. R. V. Nr. VI. §. 1. not. 10 ff. §. 2 not. 5; m. Grundl. d. g. d. R. §. 15. S. 132 ff., mit d. vor. Note.

4) Die Befugniß zum Beweiſe oder zur Abwehr, welche der germaniſche Prozeß kennt (oben not. 3), verwandelt ſich in eine Beweislaſt, gegenüber der dem Kläger obliegenden Beweispflicht: Arch. f. civ. P. XXIX. S. 24.

Kläger seinerseits das Dasein der Substanz der Aneignung soweit, als sie zur Verwirklichung jener Präsumtion erforderlich ist, erwiesen hat. Es bedarf erst einer Erfüllung der klägerischen Beweispflicht, ehe eine Abwälzung der Beweislast dem Beklagten Bedürfniß wird [5]). Die Quantität jener Substanz aber, welche zur Verwirklichung der Aneignung erforderlich ist, hängt wiederum von jener dem Beklagten obliegenden Vergewisserung ab. Allein erst wenn der Beklagte nachgewiesen, daß er im Besitze gewesen, als der Kläger Besitzhandlungen vorgenommen, daß eine suspensive Bedingung vereinbart worden, braucht der Kläger zur Begründung der Aneignung zu behaupten und zu beweisen, daß die seinseitigen Besitzhandlungen auch von einem Aufgeben des Besitzes von Seiten des Beklagten begleitet gewesen, oder daß die hinzugefügte Bedingung auch eingetreten sei. So lange er diese Umstände nicht behauptet hat, kann der Richter ihm auch deren Beweis nicht auflegen. So lange aber der Beklagte nicht mit dem Beweise des dieselben erheischenden Sonderzustandes ausgeschlossen ist, kann er sie von der Beweisauflage auch nicht ausschließen. Muß der Richter also zu einer Beweisauflage schreiten, ehe jene Behauptung des Klägers oder dieser Ausschluß des Beweises des Beklagten vorliegt oder eingetreten ist; so ist es ihm auch unmöglich, bei derselben die Quantität der zu erweisenden Substanz festzustellen.

In dieser Lage bleibt dem Richter kein anderer Ausweg übrig, als der, die Beweisauflage so zu fassen, daß sie keinen der mehreren in Frage stehenden Zustände ausschließlich voraussetzt. Er wird also dieselbe z. B. nur dahin fassen können: es habe der Kläger den behaupteten Besitz oder den behaupteten Vertrag zu erweisen, wenn der Beklagte opponirt hat, jener Besitz sei mangelhaft oder dieser Vertrag sei ein bloß bedingter. Der Sinn dieser Beweisauflage kann aber nur der sein: der Kläger solle das

5) Vgl. d. vor. Note.

rechtliche Daſein des Beſitzes oder des Vertrages vergewiſſern. Die Beweisauflage geht alſo nicht auf die Grundlage der Aneignung, oder die Subſtanz des in Anſpruch genommenen Rechts als ſolche, auf die Erfüllung der Beweispflicht, ſondern auf den Zuſtand, der den Gegenſtand der Aneignung geſtaltet. Eine auf die Grundlage der Aneignung gerichtete Beweisauflage würde die Gewißheit vorausſetzen, daß eine beſtimmte aneignende Regel ausſchließend zur Anwendung komme. Die Anwendbarkeit der in Frage ſtehenden derartigen Regel ſoll aber hier noch durch den fraglichen Zuſtand gleichſam legitimirt werden. Wäre dieſe Anwendbarkeit gewiß, wäre es z. B. gewiß, daß der Anwendbarkeit der allgemeinen Regel über die Wirkungen des Vertrags das Hinzugefügtſein einer ſuspenſiven Bedingung nicht entgegenſtände, ſo würde die Beweisauflage ſich auf dasjenige Maaß von Thatſachen der Vergangenheit beſchränken, welches geeignet wäre, die Anwendung dieſer Regel zu begründen, ohne daß es in Beziehung auf ſie einer Rückſicht darauf bedürfte, ob außerdem noch die Vorausſetzungen für die Anwendung irgend einer andern Regel gegeben ſeien. Dieſe Gewißheit ſetzt aber das Daſein der Geſtaltung des Gegenſtandes, nemlich als des möglichen Gegenſtandes einer Aneignung zwiſchen den Partheien, voraus, welches hier eben ungewiß iſt.

§. 9.

Hat der Kläger Beſitzhandlungen behauptet, nemlich Handlungen, durch welche er die von ihm beabſichtigte ausſchließende Herrſchaft über einen Körper verwirklicht hat, ſo kann ihm dadurch die Ungeſtörtheit ſeines Beſitzes, dieſe einmal als Gegenſtand gedacht, angeeignet ſein; nemlich dann, wenn ſeinem Gegner gegenüber possessio vacua war. Beſtand aber der entgegengeſetzte Zuſtand, war der Gegner im Beſitze und hatte auch kein Aufgeben deſſelben ſtattgefunden, ſo war jener Gegenſtand überall nicht geſtaltet. Die Geſtaltung eines Gegenſtandes iſt aber an ſich eine bloße Idee. Sie empfängt

erſt rechtliche Wirklichkeit durch eine Macht, welche ihr dieſelbe durch Herbeiführung von Folgen verleiht. Eine ſolche Macht iſt diejenige, welche überhaupt zur rechtlichen Verwirklichung von Zuſtänden erforderlich iſt, nemlich die richterliche [1]), welche aber die Gewißheit der Vorausſetzungen der Geſtaltung erfordert, um für deren Verwirklichung thätig zu werden [2]). Während die Gewißheit der Vorausſetzungen der Aneignung eines geſtalteten Gegenſtandes die Wirklichkeit der Aneignung zur unbedingten Gewißheit bringt, und jeden Beweis ihres Nichteingetretenſeins ausſchließt, kann die Gewißheit der Vorausſetzungen einer Geſtaltung die Gewißheit dieſer ſelber nur dadurch herſtellen, daß die Gewißheit einer entgegenſtehenden Geſtaltung mangelt; ein Mangel der Gewißheit, der mit dem Mangel der Eigenſchaft der Geſtaltung als eines rechtlichen Zuſtandes zuſammenfällt, weil ohne Gewißheit keine Geſtaltung zum rechtlichen Zuſtande verwirklicht ſein kann. Die Gewißheit jener Aneignung iſt alſo erbracht, wenn die Gewißheit ihrer Vorausſetzungen nur für irgend einen Zeitpunkt hergeſtellt iſt; die Gewißheit der Geſtaltung aber erſt dann, wenn die Vergewiſſerung einer entgegenſtehenden Geſtaltung ausgeſchloſſen iſt. Die auf die Vergewiſſerung des geſtaltenden Zuſtandes gerichtete Beweisauflage ſchließt daher auch die Auflage der Vergewiſſerung des Mangels eines entgegenſtehenden Zuſtandes in ſich. Und wenn nun auch dann, wenn die poſitiven Vorausſetzungen der Entſtehung eines ſolchen Zuſtandes vergewiſſert ſind, der Mangel einer entgegenſtehenden Geſtaltung ſich ſo lange von ſelber verſteht, als die Kunde dieſer Geſtaltung mangelt, ſo iſt das doch immer nur eine Folge des Mangels der Kunde, und nicht die Folge davon, daß es keiner Vergewiſſerung über den Mangel der entgegenſtehenden Geſtaltung bedarf, damit die Vergewiſſe-

1) M. Grundl. d. g. deutſch. R. Einleit. Nr. III. S. 5. 6; oben §. 1. bei not. 1.

2) Sie realiſirt nur das formaliſirte Recht: Almendingen: Metaphyſik d. Civilproz. S. 55.

rung jenes zum Beweiſe verſtellten Zuſtandes hergeſtellt ſei. Während der Beweis der Vorausſetzungen einer Aneignung eines geſtaltеten Gegenſtandes den Beweis des Mangels eines entgegenſtehenden Zuſtandes nicht umfaßt, begreift der Beweis eines geſtaltenden Zuſtandes auch den Beweis dieſes Mangels in ſich. Denn demjenigen, was einmal geſtaltet iſt, kann kein Hinderniß entgegenſtehen, wohl aber demjenigen, was noch geſtaltend, noch in geſtaltender Thätigkeit begriffen iſt.

Hat demnach jemand die Vorausſetzungen eines fortbeſtehenden Eigenthums zu erweiſen, ſo kann ihm zwar eine ſ. g. Contravindication als ein Mittel zur Verhinderung der Vergewiſſerung jener Vorausſetzungen entgegengeſetzt werden, aber wenn dieſe Vorausſetzungen einmal vergewiſſert ſind, ſo muß der Beweis eines Eigenthums ſeines Gegners, als Hauptbeweis nemlich, ſchlechthin irrelevant und ausgeſchloſſen ſein. Hat aber Jemand die Vorausſetzungen eines Beſitzes zu erweiſen, nemlich nur dieſe und nicht den Beſitz ſelber, ſo muß, auch nachdem dieſe Vorausſetzungen vergewiſſert ſind, ſofern keine Präcluſion eingetreten iſt, der Beweis des Beſitzes des Gegners noch immer relevant und zuläſſig ſein. Es muß daher die Beweisauflage auf den Beſitz ſelber gerichtet ſein, damit ſie die Vollſtändigkeit erlange, welche erforderlich iſt, um mittelſt ihrer Erfüllung dem Beweiſe des Beſitzes des Gegners, d. h. als Hauptbeweis betrachtet, die Relevanz zu entziehen. Das römiſche Recht kennt einer eigentlichen Vindication gegenüber keine exceptio dominii[3]), wohl aber im Interdictverfahren eine exceptio vitiosae possessionis[4]). Wenn nun auch unſere heutige prozeſſualiſche Auffaſſung dem Vindicanten nicht die Vor-

3) Wohl aber der Publiciana gegenüber: L. 16. L. 17. D. de Public. in rem act. 6. 2; mein Aufſ. in d. Zeitſchr. f. Civilr. u. Proz. XVI. Nr. V. §. 1. not. 8; u. in Roßhirt's Zeitſchr. f. Civil- u. Crim.-R. S. 72.

4) L. 1. §. 4. 5. D. uti possid. 43. 17; meine Erörter. z. Linde S. 457ff.

ausſetzungen des Eigenthums zur Zeit der Klage, ſondern nur die des Eigenthums*erwerbes* zum Beweiſe auferlegt, und dadurch den Beweis des ſpätern Eigenthums des Beklagten in das Gebiet des Einredenbeweiſes hinüberzieht[5]), und ſo zu einer Einrede des Eigenthums gelangt; ſo nimmt der Beweis des Eigenthums dadurch zwar eine engere Geſtaltung an. Allein daraus folgt nicht, daß eine gleiche Verengung auch den Beweis des Beſitzes treffen müſſe. Vielmehr wird dadurch nur die Führung des Beweiſes des Eigenthums mit dem Beweiſe des Beſitzes *in Einklang* geſetzt, und der Beweis des Beſitzes weder in ſeiner Geſtaltung noch in ſeinem Inhalte dadurch verändert. Die partheiliche Beweisthätigkeit geht jetzt in beiden Fällen nur auf das Daſein eines Zuſtandes, der im erſten Falle der des Erworbenſeins des Eigenthums, im letzern Falle der Beſitz iſt. Die richterliche Thätigkeit iſt aber verſchieden; indem ſie im erſten Falle aus dem Zuſtande das Daſein eines Rechts folgert, im letztern Falle aber den Zuſtand ſelber in ſeinen rechtlichen Folgen verwirklicht. — Auf der andern Seite berechtigt aber auch das Vorkommen einer exceptio vitiosae possessionis im römiſchen Rechte nicht zu der Annahme, daß die Fehlerloſigkeit des Beſitzes nicht dem Beweiſe des Beſitzes angehöre, da das Gebiet der römiſchen exceptio auch ſolche Oppoſitionen umfaßt, die die Erfüllung eines Beweiſes ausſchließen[6]). Eben ſo wie die Ungeſtörtheit des Beſitzes nur durch den Beſitzzuſtand der Partheien zu einem Gegenſtande geſtaltet wird, kann die künftige Handlung einer Parthei auch nur durch einen Obligationszuſtand zwiſchen den Partheien zum Gegenſtande geſtaltet ſein; und wenn dieſer

5) Ueber die Erweiterung des Gebietes der Exceptionen im Gebiete der prätoriſchen Klagen und im heutigen Prozeſſe, im Verhältniß zum Gebiete der Exceptionen im Gebiete der römiſchen Civilklagen: ebendaſ. S. 435. not. 27. S. 448. not. 44.

6) So die exceptio (L. 3. C. de n. n. p. 4. 30) non numeratae pecuniae. Ebendaſ. S. 449. not. 19.

durch Bedingtheit ausgeſchloſſen wird, ſo muß der Beweis eines Obligationszuſtandes auch den Beweis des Mangels der Bedingtheit umfaſſen.

(Fortſetzung im nächſten Heft.)

V.

Ueber den neueſten Standpunkt der Geſetzgebung und der Wiſſenſchaft in Bezug auf Gerichtsverfaſſung und bürgerliches Verfahren mit Rückſicht auf die neueſten Geſetzgebungsarbeiten in Frankreich, England, Nordamerika, der Schweiz und Deutſchland.

Von

Mittermaier.

(Fortſetzung des Aufſatzes Nr. VI. im vorigen Band.)

Vergleicht man den gegenwärtigen Standpunkt der Geſetzgebung über das Verfahren in bürgerlichen Streitſachen mit den noch vor zwei Jahren entſtandenen Leiſtungen im Fache der Geſetzgebung über das Verfahren mit den damaligen Ausſichten und Richtungen der Geſetzgebung, ſo iſt die Gegenwart nicht geeignet, mit Freude und Hoffnungen zu erfüllen. Das Uebel, welches aus einem mangelhaften Verfahren in bürgerlichen Streitigkeiten folgt, wird um ſo fühlbarer, als durch ein ſolches Verfahren weſentlich der Kredit leidet, weil Niemand Vertrauen haben kann, daß er, im Falle ſein Schuldner ſeine Pflicht nicht erfüllt, ſicher und ſchnell ſeine Forderung verwirklichen kann.

Noch vor zwei Jahren war allgemein die Ueberzeugung ausgeſprochen, daß ohne Aenderung der bisherigen Gerichtsverfaſſung eine Verbeſſerung des bürgerlichen Verfahrens nicht möglich iſt, daß Collegialgerichte in erſter Inſtanz mit gehöriger Beſetzung und in einem weiſe geordneten Verhält-